

OBLIGACIONES ALIMENTICIAS

Doc. Prel. No 12

Septiembre 2004



**CUESTIONARIO RELATIVO A LA LEY APLICABLE
A LAS OBLIGACIONES ALIMENTICIAS**

redactado por el Grupo de Trabajo sobre ley aplicable
y la Oficina Permanente

*Documento preliminar No 12 de septiembre de 2004
a la atención de la Comisión especial sobre
el cobro internacional de alimentos con respecto
a los menores y otras formas de manutención de la familia*

Oficina Permanente
6, Scheveningseweg 2517 KT La Haya Países Bajos
Teléfono +31 (0)70 363 33 03 Fax +31 (0)70 360 4867
E-mail secretariat@hcch.net Página web <http://www.hcch.net>

H:\RB_DOC\DPU\00027991.DOC

**CUESTIONARIO RELATIVO A LA LEY APLICABLE
A LAS OBLIGACIONES ALIMENTICIAS**

redactado por el Grupo de Trabajo sobre ley aplicable
y la Oficina Permanente

Notas introductorias

Tras la reunión de junio de 2004, la Comisión especial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los menores y otras formas de manutención de la familia decidió que el Grupo de trabajo sobre ley aplicable (en adelante "GTLA") debía proseguir con sus trabajos en materia de ley aplicable. Esta decisión resultó de las discusiones de la Comisión especial que tuvo por objeto el Documento de trabajo No 13, titulado "Propuesta del Grupo de Trabajo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias" (en adelante "Doc. Trab. No 13"), una copia del cual se adjunta mediante anexo.

Tal y como se mencionaba en el Documento de trabajo No 13, el GTLA constató que sería muy difícil llegar a un acuerdo sobre un conjunto de reglas generales en materia de ley aplicable¹ que fuesen aceptables para un gran número de Estados, y que podrían ser pues incluidas en la parte obligatoria del futuro Convenio. Como alternativas, se plantearon dos posibilidades: la primera consiste en introducir en el futuro instrumento reglas especiales que traten de problemas particulares resultantes de la ausencia de reglas uniformes sobre ley aplicable; la segunda consiste en incluir en el instrumento actualmente en discusión una sección facultativa que trate de la cuestión de la ley aplicable. Esta solución permitiría proceder a una revisión de determinados aspectos controvertidos del *Convenio de la Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias* (en adelante el Convenio sobre ley aplicable de 1973), ofreciendo a otros Estados interesados la posibilidad de adherirse a un sistema de reglas de conflicto uniformes.

La discusión en el marco de la Comisión especial confirmó estas consideraciones. Parece indicar que, en particular, algunos Estados parte en el Convenio sobre ley aplicable de 1973 estaban interesados en una revisión de este instrumento, y que los Estados que hasta el momento no han llegado a ratificar el Convenio sobre ley aplicable de 1973 podrían estar interesados en una reglamentación facultativa de cuestiones de ley aplicable en el marco del nuevo Convenio.

Con el objetivo de verificar al posibilidad de hallar un acuerdo relativamente rápido y simple sobre las normas de conflicto a introducir en la sección facultativa, el GTLA y la Oficina Permanente elaboraron el cuestionario que viene a continuación. Este último se inspira en el "Resumen de disposiciones sobre Ley aplicable" desarrollado por el GTLA en su reunión de 15 de junio, una copia del cual se adjunta mediante anexo, El Cuestionario se envía a todos los Estados miembros de la Conferencia de La Haya, a los Estados parte en el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, a los Estados invitados a la Comisión especial de junio de 2004 así como a las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales pertinentes. Se encuentra igualmente en la página web de la Conferencia en la dirección <http://www.hcch.net>, en el apartado "trabajos en curso". Otros documentos sobre el proyecto sobre alimentos están también disponibles en la misma dirección de Internet.

Se invita a los Estados y las organizaciones a las que se envía el cuestionario a transmitir sus respuestas a la Oficina Permanente, en la medida de lo posible, antes del **6 de noviembre de 2004**.

¹ Para la finalidad de este Cuestionario, el término "ley" designa el derecho en vigor en un Estado, con exclusión de las normas de conflicto de leyes.

Cuestionario

1. Aplicación del derecho extranjero en materia de obligaciones alimenticias

1) Según el sistema de derecho internacional privado de su país, ¿el establecimiento de un pronunciamiento en materia alimenticia puede fundarse, en algunos casos, en la aplicación de una ley extranjera?. Se ruega responder SI o NO.

2) Si respondió NO a la anterior pregunta, precise si, desde el punto de vista de su país, podría contemplarse que el derecho a una prestación alimenticia y/o su montante se rijan, en determinadas circunstancias, por la ley de un país extranjero. Se ruega responder SI o NO.

Si ha respondido No a la pregunta 2), no es necesario responder a las preguntas siguientes.

3) Si respondió SI a la pregunta 2), ¿estaría su país interesado en la introducción de una sección facultativa sobre ley aplicable en el marco del nuevo Convenio?

2. Puntos de conexión principales

En el marco del Convenio sobre ley aplicable de 1973, las obligaciones alimenticias se rigen en principio por la ley del país de la residencia habitual del acreedor de alimentos (art. 4). Según el informe del GTLA (*cf.* Doc. Trab. No 13, p.5), este principio debería ser mantenido en el marco del nuevo Convenio.

4) ¿Es usted partidario de la previsión de una regla de principio según la cual "La ley interna del Estado de la residencia habitual de la persona cuyas necesidades son objeto de solicitud ("el acreedor") rija las obligaciones alimenticias a que se refiere el presente Convenio"?

5) Si respondió NO a la pregunta 4), ¿cuál debería ser según usted el punto de conexión principal?

3. Puntos de conexión subsidiarios

3.1 En general

6) Si respondió SI a la pregunta 4), ¿cree usted que el punto de conexión principal en lugar de la residencia habitual del acreedor de alimentos debería ser completado con puntos de conexión subsidiarios? Se ruega responder SI o NO.

3.2 Nacionalidad común de las partes

En el marco del Convenio sobre ley aplicable de 1973, la conexión al lugar de la residencia habitual del acreedor se completó con una conexión subsidiaria a la ley de la nacionalidad común de las partes, que es aplicable si el acreedor no puede obtener alimentos sobre la base de la ley de su residencia habitual (art. 5). Surgieron varios argumentos contra la utilización de este punto de conexión en el ámbito de los alimentos: podría aparecer como un punto de conexión discriminatorio en algunos casos; conduciría a menudo a la aplicación de una ley extranjera; conduciría a la ley de un estado con el cual no hay conexión significativa alguna, en particular en materia alimenticia (*cf.* Doc. Trab. No 13, p.6).

7) A la luz de estas observaciones, ¿está usted de acuerdo con que el punto de conexión subsidiario a la nacionalidad común de las partes debería descartarse? Se ruega responder SI o NO.

3.3 Ley del foro o domicilio del deudor

Además de la residencia habitual del acreedor de alimentos, la obligación alimenticia presenta generalmente una conexión importante con el Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor. Además, las autoridades de ese Estado son generalmente competentes sobre la base del principio *actor sequitur forum rei*.

El Convenio sobre ley aplicable de 1973 no prevé una conexión a la ley del domicilio o de la residencia del deudor, pero hace aplicable la ley del foro cuando el acreedor no puede obtener alimentos ni según la ley del lugar de su residencia habitual ni según la ley de la nacionalidad común (art. 6). En la práctica, este punto de conexión subsidiario conduce a menudo a la aplicación de la ley del domicilio o de la residencia habitual del deudor.

Por otra parte, la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias de Montevideo de 1989 otorga un lugar más importante a la ley del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor. Esta ley es aplicable en lugar de la del domicilio o de la residencia habitual del acreedor si, según la autoridad requerida en la solicitud, es más favorable al acreedor (art. 6). Esta solución es más protectora para el acreedor que la del Convenio sobre ley aplicable de 1973, pero presenta la desventaja de obligar al juez a verificar en todos los casos el contenido de dos leyes diferentes y compararlas, antes de efectuar su elección.

Con la finalidad de encontrar una solución que pueda asegurar una buena protección de los intereses del acreedor sin complicar en exceso la tarea de la autoridad competente, el GTLA planteó conceder al acreedor de alimentos el derecho de solicitar la aplicación de la ley del Estado de la autoridad requerida (al menos si esta ley coincide con la ley del Estado de la residencia habitual del deudor). Esta solución es más ventajosa para el acreedor que la del artículo 6 del Convenio sobre ley aplicable de 1973. Al mismo tiempo, se corresponde también con el interés de las autoridades a las que se presenta la solicitud puesto que éstas podrán, a instancia del acreedor, aplicar la ley del foro. En cuanto al deudor, éste no podrá objetar nada a esta opción puesto que conduce, frecuentemente, a la ley aplicable en su propio Estado de residencia.

8) A la luz de estas consideraciones, ¿cree usted que debería introducirse en el nuevo instrumento una regla según la cual, como excepción al punto de conexión principal de la residencia habitual del acreedor, éste último pueda, en su solicitud de alimentos, designar la ley interna de la autoridad requerida? Se ruega responder SI o NO.

9) Si respondió NO a la pregunta 8), ¿cree usted que debería mantenerse una regla subsidiaria que se corresponda con el artículo 6 del Convenio sobre ley aplicable de 1973, según la cual la ley interna de la autoridad requerida es aplicable si el acreedor no puede obtener alimentos en virtud de la ley aplicable a título principal?

4. Reglas de conflicto especiales

4.1 *Cónyuges divorciados*

El Convenio sobre ley aplicable de 1973 consagra una regla especial a las obligaciones alimenticias entre cónyuges divorciados, las cuales se rigen, según el artículo 8, por la ley que rige el divorcio. Esta solución se aplica no sólo cuando la solicitud de alimentos se determina en el transcurso de un proceso de divorcio (o en el momento del divorcio), sino también en el caso de cualquier modificación o revisión ulterior de decisiones relativas a las obligaciones alimenticias entre cónyuges divorciados, en particular, en caso del ejercicio de una acción complementaria a una decisión de divorcio dictada en el extranjero. Esta regla especial tiene ventajas (aplicación de una única ley al divorcio y a las obligaciones alimenticias; respeto a los acuerdos concluidos entre los cónyuges en el momento del divorcio), pero presenta también ciertas desventajas (falta de protección para el acreedor de alimentos si la ley no le es favorable; falta de uniformidad a nivel internacional por la ausencia de normas de conflicto uniformes en materia de divorcio; petrificación de la ley aplicable pese al cambio de circunstancias tras el divorcio; dificultad en detectar en el juicio la ley en virtud de la cual se dictó el pronunciamiento sobre el divorcio; (ver Doc. Trab. No 13, págs. 7-8). Por estos motivos, varios miembros del GTLA se mostraron favorables a la supresión de este punto de conexión especial.

10) A la luz de estas consideraciones, ¿está usted de acuerdo con que las obligaciones alimenticias entre cónyuges divorciados no sean objeto de una regla especial, sino sujetas a puntos de conexión generales (ley de la residencia habitual del acreedor, posibles conexiones subsidiarias)? Se ruega responder SI o NO.

11) Si respondió NO a la anterior pregunta 10), ¿cree usted que debería aplicarse una regla especial únicamente cuando las obligaciones alimenticias se han fijado directamente en el pronunciamiento sobre el divorcio o también en el caso que se hayan fijado o modificado con posterioridad los alimentos entre cónyuges divorciados?

4.2 *Elección de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias entre cónyuges*

Las obligaciones alimenticias entre cónyuges se rigen a veces por acuerdos concluidos entre las partes antes o después del matrimonio o bien en el momento del divorcio. Para asegurar el respeto de estas obligaciones, podría ser interesante permitir a los cónyuges la opción de elegir la ley aplicable a su acuerdo. La elección de la ley aplicable podría asimismo favorecer la aplicación de una ley única a todos los aspectos patrimoniales del matrimonio (régimen económico matrimonial, gastos de mantenimiento, etc.).

12) ¿Es usted partidario de proporcionar a los cónyuges la opción de elegir la ley aplicable a las obligaciones alimenticias? Se ruega responder SI o NO.

13) Si esa elección de la ley aplicable hubiese de ser admitida, ¿cree usted que debería ampliarse a las reclamaciones de alimentos para los menores? Se ruega responder SI o NO.

14) Si la opción de elegir la ley aplicable de la pregunta 12) hubiese de ser admitida, ¿cree usted que debería limitarse a determinadas opciones (por ej., la ley aplicable al régimen económico matrimonial, o la *lex fori*), y si es así, a cuáles?

4.3 Parientes colaterales y por afinidad

El artículo 7 del Convenio sobre ley aplicable de 1973 contiene una regla especial relativa a las obligaciones alimenticias entre parientes colaterales y por afinidad. Esta regla permite al deudor oponerse a una solicitud fundada en las reglas generales relativas a la ley aplicable con el motivo de que no existe ninguna obligación alimenticia según la ley nacional común del deudor y del acreedor o, en ausencia de nacionalidad común, según la ley interna de la residencia habitual del deudor. El GTLA propuso el mantenimiento de una regla especial para las obligaciones alimenticias entre parientes colaterales o por afinidad sobre la base que el principio de *favor creditoris* que inspira las reglas generales sobre ley aplicable no puede ser traspuesto directamente a estos casos específicos. Sin embargo, se propusieron algunas modificaciones (restricción del campo de aplicación de la regla especial a las situaciones en las que el acreedor es un adulto; posible supresión de la referencia a la ley nacional común; ver Doc. Trab. No 13, pág. 9).

15) A la luz de estas consideraciones, ¿es usted partidario del mantenimiento de una regla especial para las obligaciones alimenticias entre parientes colaterales y por afinidad? Se ruega responder SI o NO.

16) Si respondió SI a la pregunta 15), ¿es usted partidario de la supresión de la referencia a la ley nacional común de las partes? Se ruega responder SI o NO.

17) Si respondió SI a la pregunta 15), ¿cree usted que la regla espacial debería restringirse a las situaciones en las que el acreedor es un adulto? Se ruega responder SI o NO.

4.4 Instituciones públicas

No se formuló crítica alguna en relación al artículo 9 del Convenio sobre ley aplicable de 1973 según el cual "el derecho de una institución pública a obtener el reembolso de la prestación suministrada al acreedor se regirá por la misma ley a la que la institución esté sujeta".

18) ¿Es usted partidario del mantenimiento de esta regla en el nuevo instrumento? Se ruega responder SI o NO.

5. Ámbito de aplicación de la ley aplicable

El ámbito de aplicación de la ley aplicable se rige por el artículo 10 del Convenio sobre ley aplicable de 1973. En opinión del GTLA, esta disposición debería mantenerse sin grandes cambios. La única modificación planteada es la relativa a la cuestión de determinar "quién está legitimado para iniciar la acción alimenticia". Según el artículo 10(2), esta cuestión se rige por la ley aplicable a la obligación alimenticia. La formulación de esta regla podría llevar a la incertidumbre.

19) ¿Es usted partidario del mantenimiento de una regla que se corresponda con el artículo 10(2) del Convenio sobre ley aplicable de 1973? Se ruega responder SI o NO.

20) ¿Tiene usted propuestas para la modificación de esta regla?

6. Reglas materiales

Según el artículo 11(2) del Convenio sobre ley aplicable de 1973, las necesidades del acreedor y los recursos del deudor deben tenerse en cuenta para determinar el importe de la prestación alimenticia, incluso si la ley aplicable dispone otra cosa. Surgieron dudas en el GTLA sobre el alcance y utilidad de esta regla (ver Doc. Trab. No 13, pág. 10).

21) ¿Cree usted que esta regla debería suprimirse? Se ruega responder SI o NO.

Según una sugerencia efectuada en el GTLA, debería incluirse otra regla material en un texto revisado, previendo que los acuerdos económicos entre los cónyuges deberían tenerse en cuenta para determinar el importe de las prestaciones económicas entre ellos, incluso si la ley aplicable dispone otra cosa (ver Doc. Trab. No 13, pág. 10)

22) ¿Es usted partidario de la introducción de tal regla? Se ruega responder SI o NO. En caso afirmativo, ¿qué opinión tiene sobre si esta regla debería extenderse a otras partes, y si es así, a cuáles?

Nota: Se invita también a las personas que respondan al cuestionario a dar a conocer las observaciones que consideren relevantes en relación a la ley aplicable en el contexto del cobro internacional de alimentos con respecto a los menores y otras formas de manutención de la familia y, en particular, respecto al resumen del anexo.

ANEXO

DOC. TRAB. No 13 S

Comisión especial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los menores y otras formas de manutención de la familia (del 7 al 18 de junio de 2004)

Distribución: 10 de junio de 2004

Propuesta del Grupo de Trabajo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias

Informe presentado a la Comisión especial

Introducción

El Grupo de Trabajo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (en adelante el "GT") se constituyó por la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, Comisión especial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los menores y otras formas de manutención de la familia de mayo de 2003, con la tarea de analizar la posibilidad de introducir normas sobre ley aplicable en el futuro instrumento sobre obligaciones alimenticias, y de formular recomendaciones sobre esta cuestión a la Comisión especial de junio de 2004.

El GT se compone de los siguientes miembros: Sheila Bird (Australia), Michèle Dubrocard (Francia), Raquel Correia (Portugal), Ase Kristensen (Noruega), Tracy Morrow (Canadá), Sinichiro Hyakawa (Japón), David MacClean (Secretaría de la Commonwealth), Robert Spector (Estados Unidos de América), Rolf Wagner (Alemania), Andrea Bonomi (Suiza, Presidente).

Los miembros del GT desean expresar su agradecimiento a la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado y a la Comisión especial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los menores y otras formas de manutención de la familia por la posibilidad que les ha ofrecido de analizar y debatir cuestiones importantes relativas a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y de presentar este informe. Desean igualmente agradecer a la Oficina Permanente el apoyo prestado durante sus actividades hasta la fecha.

El GT se reunió dos veces. La primera reunión tuvo lugar en La Haya el 15 de mayo de 2003, en el transcurso de la Comisión especial de mayo de 2003, y la segunda, en La Haya los días 27 y 28 de mayo de 2004. El resto de las discusiones tuvieron lugar a través de una lista de distribución electrónica.

I. Posibilidad de incluir un conjunto de reglas sobre ley aplicable en la parte obligatoria del Convenio

A. Reglas generales relativas a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias

De conformidad con su mandato, el GT exploró inicialmente la posibilidad de elaborar un conjunto de reglas generales sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias que pudiese ser aceptable para un amplio número de Estados, y poder así incluirse en la parte obligatoria del futuro Convenio. Desde el inicio de la discusión esta tarea se mostró muy difícil por la oposición radical entre dos enfoques nacionales con diferencias substanciales:

- ◆ Un primer grupo de países (en particular los Estados parte en el Convenio de La Haya de 1973 así como otros con sistemas de derecho civil) adoptan soluciones de conflicto de leyes para proteger los intereses del acreedor de alimentos, y que se fundan en la aplicación de la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. Otros puntos de conexión (tales como la

nacionalidad común de las partes y la *lex fori*) son subsidiarios o se aplican sólo en situaciones concretas (p.e. a las obligaciones alimenticias entre cónyuges divorciados o separados). La aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor presenta varias ventajas. Sus principales razones de ser son: 1) el hecho que refleja mejor los intereses del acreedor, y 2) que a menudo conducen a la aplicación de la ley de la autoridad a la que se presenta la solicitud de alimentos; de hecho, la mayoría de Estados afectados por esta regla dan competencia al tribunal del lugar de residencia del acreedor. Si no obstante la solicitud se efectúa en un país diferente (y en particular en el Estado de residencia del deudor), el punto de conexión de la residencia del acreedor obliga al tribunal a aplicar un derecho extranjero. En los países que siguen este enfoque, no se consideran como un problema mayor las dificultades vinculadas a la determinación y aplicación del derecho extranjero.

- ◆ En otro grupo de países (en concreto, la mayoría de países de *common law*, pero también en Noruega y otros Estados escandinavos), las obligaciones alimenticias se rigen en principio por la *lex fori*. Algunos países de *common law* (como Canadá) están dispuestos a aplicar el derecho extranjero, pero únicamente en cuestiones relativas al derecho a obtener alimentos, pero no al importe de los mismos. En la mayoría de estos países la aplicación del derecho extranjero queda excluida. Hay numerosas razones para esta actitud más bien estricta. La más importante es que en muchos de estos países las solicitudes de alimentos se realizan mediante un procedimiento administrativo rápido y eficaz, y las autoridades encargadas de estos procedimientos no están cualificadas para aplicar una ley distinta a la del foro. Incluso cuando el asunto es llevado a los tribunales (lo que puede pasar, en algunos países, sólo como resultado de un recurso, o por la elección del acreedor), la aplicación de la ley extranjera se rechaza por el tiempo y los costes que normalmente van ligados a la determinación del contenido y a la aplicación de aquella ley. Este enfoque negativo está también influenciado por el tradicional rechazo de los países de *common law* a aplicar un derecho extranjero en los procedimientos de derecho de familia.

Ambos sistemas tienen sus ventajas y sus inconvenientes, y ambos parecen funcionar bien en la práctica. En concreto, ambos tratan de proteger los intereses del acreedor de alimentos, aunque llegan a este objetivo por diferentes medios: mientras que el primer enfoque se atiende más a la búsqueda de la justicia en el caso concreto, el segundo favorece la obtención de un pronunciamiento fácil y rápido.

Pese a que ningún país está dispuesto a abandonar su sistema, se propusieron diversas soluciones en el GT para aproximar los enfoques de "residencia del acreedor" y de "*lex fori*". En concreto, se propusieron y debatieron varias opciones para ampliar las situaciones en las que el derecho interno se aplica en los países con un sistema de derecho civil, y en particular:

- Aplicación de la ley del Estado del foro cuando el deudor tiene su residencia habitual en ese Estado, y ambas partes tienen la nacionalidad de ese Estado: esta solución se corresponde con la reserva actualmente prevista en el artículo 15 del Convenio de 1973;
- Aplicación de la ley del Estado del foro cuando el deudor tenga su residencia habitual en ese Estado, y las partes tengan su última residencia habitual común en ese Estado;
- Aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor, con la posibilidad para el acreedor de optar por la aplicación de la ley del foro cuando coincida con la de la residencia habitual del deudor;
- Aplicación de la ley del foro cuando coincida con la residencia habitual del deudor, con la posibilidad para el acreedor de optar por la aplicación de la ley del Estado de su residencia habitual.

Todas estas sugerencias tienen en común que reducen el papel de la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor y aumentan el de la ley del foro. Desde el punto de vista de los Estados parte en el Convenio de La Haya de 1973, la mayoría de ellas suponen un paso atrás respecto a la situación presente, y serían sólo aceptables en la perspectiva de un compromiso con los Estados que aplican el enfoque de "*lex fori*". Desafortunadamente, la discusión de estas propuestas mostró que este compromiso no podría conseguirse fácilmente: de hecho, ninguna de las propuestas de compromiso mencionadas pareció aceptable a los Estados de *common law*, por la simple razón que (por lo menos algunos de ellos) rechazan por completo la aplicación del derecho extranjero en los asuntos de obligaciones alimenticias por los motivos expresados con anterioridad.

B. Reglas especiales diseñadas para problemas particulares

Debido a la dificultad de llegar a un compromiso sobre soluciones generales a los conflictos de leyes, el GT exploró la posibilidad de adoptar reglas especiales que traten de problemas particulares que deriven de la ausencia de reglas uniformes sobre ley aplicable. Desde esta perspectiva, se adoptó un enfoque pragmático a fin de identificar las situaciones concretas en las que la oposición entre los enfoques de "residencia del acreedor" y de "*lex fori*" llevaban a resultados particularmente preocupantes. Esta discusión se centró en concreto en las solicitudes de alimentos que no están incluidas en los procedimientos sobre el estado civil.

- En primer lugar se apuntó que en muchos casos importantes, los dos enfoques llegaban en la práctica a resultados similares. Este es obviamente el caso cuando el acreedor presenta una solicitud en el Estado de su residencia habitual: desde que en tales casos la ley de la residencia habitual del acreedor coincide con la *lex fori*, los dos enfoques conducen en la práctica a la aplicación de la misma ley. La divergencia surge sólo cuando la solicitud se presenta en un país distinto al de la residencia habitual del acreedor (por ej. en el país de la residencia habitual del deudor o en un país en el que ninguna de las partes es residente), pero incluso en estas situaciones no siempre surgen problemas prácticos reales.
- Si la solicitud se presenta en un país en el que ni el acreedor ni el deudor tienen su residencia habitual, la aplicación de la ley del foro no es una solución apropiada. No obstante, esta situación sólo surgirá en extrañas situaciones dado que las autoridades de esos países tendrán por lo general falta de competencia. Si son competentes (sobre la base de un motivo de competencia que podría considerarse exorbitante), podrían, en muchos países de *common law*, declararse incompetentes aplicando el principio de *forum non conveniens*. Incluso si aceptan ejercer su competencia, su decisión no será a menudo susceptible de ser reconocida y ejecutada en el Estado del deudor por el hecho de la falta de competencia indirecta (esto será en particular así en virtud del artículo 27 del Borrador de Trabajo preparado por el Comité de redacción los días 12 a 16 de enero de 2004), de tal manera que el acreedor está suficientemente advertido para no efectuar una solicitud en ese Estado. En conclusión, estas situaciones no son muy significativas desde un punto de vista práctico.
- Más importantes son los casos en los que el acreedor efectúa una solicitud en el Estado de la residencia del deudor. Si sin embargo esto es el resultado de *su propia elección* (por ej. si el acreedor considera que una solicitud en ese país le es más ventajosa, porque el procedimiento es más rápido o más económico o porque la ley aplicable en ese país le es más favorable), la aplicación de la ley del foro no plantea objeción alguna puesto que, normalmente, se corresponde con la voluntad y los intereses del acreedor.
- La situación es distinta cuando el acreedor, por alguna razón, se ve forzado a efectuar la solicitud en el Estado del deudor. Esto puede producirse, en primer lugar, cuando las autoridades del Estado del acreedor *no tienen competencia* según sus propias normas. En esta situación (que no es muy común en la práctica por la amplia aceptación de la competencia basada en la residencia del acreedor), a pesar de que la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor pueda ser deseable en interés del acreedor, se ha de reconocer que la aplicación de la ley del foro no es realmente chocante, incluso para los países que siguen el enfoque de la "residencia del acreedor". En consecuencia, no está claro por qué las autoridades del Estado del deudor deberían aplicar la ley del Estado del acreedor cuando éste último ni tan siquiera pretende tener competencia en el caso concreto. Los argumentos tradicionales de derecho internacional privado fundados en la búsqueda de la uniformidad no son aplicables en este caso concreto desde el momento en que sólo las autoridades del Estado del deudor son competentes. Incluso si se toma un enfoque basado en el análisis de los intereses, el hecho que el Estado del acreedor no sea competente revela que este Estado no está interesado en la aplicación de su propia ley. En tales situaciones, parece que la aplicación de la ley del foro quizás podría aceptarse de forma generalizada.
- Las situaciones realmente difíciles (se podrían llamar los "conflictos reales") surgen cuando el acreedor se ve forzado a efectuar su solicitud en el Estado del deudor porque la decisión tomada (o que podría haberse tomado) en su Estado de residencia *no puede recibir el reconocimiento y ejecución* en el país del deudor, en especial por la falta de competencia indirecta (situación típica: un acreedor residente en un país europeo se ve forzado a efectuar una solicitud en los Estados Unidos de América donde el deudor tiene su residencia porque la decisión de su Estado de residencia no puede reconocerse en los Estados Unidos de América). Incluso en estos casos, no surgen problemas reales si la ley del foro (es decir, la de la residencia del deudor) garantiza al acreedor un nivel de protección equivalente (o superior) a aquel al que habría tenido derecho según la ley de su propia residencia. Por el contrario, la

aplicación de la *lex fori* no es aceptada por completo si ésta es menos favorable al acreedor. En tal caso, el acreedor no sólo está obligado a iniciar un procedimiento en un país extranjero, sino que, además, obtendrá un importe inferior que el que podría obtener en su propio país o no obtener prestación alguna.

En conclusión: surge concretamente un problema práctico cuando a) el acreedor se ve forzado a efectuar una solicitud en el país del deudor porque la decisión que podría obtener en su propio Estado de residencia no puede ser reconocida y, b) el nivel de protección al que tiene derecho en el país del deudor es inferior al previsto por la ley de su propia residencia habitual.

Teniendo en cuenta estas situaciones, el GT trató de elaborar algunas soluciones concretas.

1) Con respecto a las cuestiones de derecho a los alimentos, existen diferencias importantes en cuanto a la edad hasta la que un niño tiene derecho a percibir alimentos de sus progenitores (por ej. en algunos países hasta la mayoría de edad, en otro hasta finalizar normalmente sus estudios). A este respecto, tomar en consideración la ley de la residencia habitual del acreedor no hace surgir problemas complejos ligados a la aplicación de la ley extranjera sobre el importe de los alimentos. Parece, pues, que una regla particular relativa a este aspecto podría aceptarse incluso por algunos países de *common law*, en especial si su eficacia se viera incrementada por algún mecanismo para facilitar la prueba del derecho extranjero. A tal efecto, se sugirió que las autoridades del Estado de residencia del acreedor podrían emitir un certificado indicando el contenido de su propia ley, o, más en concreto, probar que el acreedor solicitante tiene derecho a percibir alimentos hasta una determinada edad. Podrían considerarse dos modelos para este certificado:

- Según el artículo 15 del *Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, "las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el art. 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase."
- Según el artículo 35 del *Convenio de La Haya de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños*, "las autoridades de un Estado contratante en el que el niño no tenga su residencia habitual pueden, a petición de un progenitor que resida en este Estado y desee obtener o conservar un derecho de visita, recabar informaciones o pruebas y pronunciarse sobre la aptitud de este progenitor para ejercer el derecho de visita y sobre las condiciones en las que podría ejercerlo. La autoridad competente para decidir sobre el derecho de visita en virtud de los artículos 5 a 10 deberá, antes de pronunciarse, admitir y tomar en consideración estas informaciones, pruebas o conclusiones".

La autoridad del país del deudor se vería entonces obligado a "admitir y considerar" ese certificado o prueba del derecho efectuada por las autoridades del Estado del acreedor antes de decidir sobre el derecho del acreedor. Las características exactas del mecanismo, así como de la posibilidad de ampliar su aplicación a cuestiones distintas a la de la edad del acreedor, deben discutirse antes en la Comisión especial y en el GT.

2) Por lo que respecta al importe de los alimentos, tomar en consideración reglas extranjeras es más bien problemático por las dificultades prácticas relativas a la utilización de fórmulas extranjeras. Una solución que se discutió en el GT es renunciar a las reglas clásicas de conflicto de leyes y sustituirlas por una cláusula material requiriendo a la autoridad a la que se dirige una solicitud a tener en cuenta las necesidades del acreedor en su propio entorno. Esta solución, inspirada en el artículo 11(2) del Convenio de 1973, implicaría no obstante una modificación de las reglas de derecho material de algunos sistemas, y surgirían así en algunos países serios problemas constitucionales. Además, una regla tal no sería siempre compatible con el interés del acreedor desde el momento en que tomar en consideración las necesidades del acreedor conducirá a menudo a un importe de alimentos inferior (es especial si el Estado de residencia del acreedor tiene un nivel de vida inferior al del deudor).

C. La ley aplicable a la prescripción en el marco de la ejecución de una decisión extranjera

Una cuestión que debería tratarse en el marco del convenio previsto es la de la ley aplicable al plazo de prescripción en el marco de la ejecución de una decisión extranjera. Esta cuestión difiere de las examinadas en los apartados A y B, y actualmente regida por el Convenio de 1973, puesto que no surge en el marco de los procedimientos iniciados para obtener o modificar una decisión en materia de alimentos, sino en el marco de la ejecución de una decisión extranjera existente, en especial cuando las autoridades del Estado requerido deben establecer si esta ejecución debe autorizarse para el cobro de atrasos en el pago, y de ser así, en qué plazo.

Tradicionalmente, la cuestión depende de su calificación como una cuestión de procedimiento o bien como una cuestión material. En el primer caso, la alternativa está entre la aplicación del plazo de prescripción del Estado de origen de la decisión o la del Estado requerido. En el supuesto de una calificación como cuestión material, las posibles opciones son la aplicación de la ley que ha sido aplicada al fondo de la decisión a ejecutar, o bien la ley que sería aplicable a la obligación alimenticia de acuerdo con la ley del foro.

Una regla expresa contenida en el *Uniform Interstate Family Support Act 1992* (§604) de los Estados Unidos de América dispone que el tribunal encargado de la ejecución puede aplicar o bien el plazo de prescripción de la ley del foro o bien aquél del Estado emisor, según cual sea el más largo. Dado que esta solución tiene la ventaja de reflejar el principio *favor creditoris*, algunos miembros del GT consideraron que podría constituir un buen modelo para una regla a incluir en convenio previsto. Esta regla debería incluirse en la sección de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (actual capítulo IV del borrador de convenio preparado por el Comité de redacción los días 1 a 16 de enero de 2003).

II. Revisión del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, o introducción de un conjunto facultativo de reglas de conflicto en el nuevo instrumento

A. La posibilidad y las modalidades de una revisión del Convenio de 1973

Dadas las dificultades para llegar a un compromiso aceptable por todos los Estados, el GT se concentró en la posibilidad de revisar el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Aunque los Estados parte en este Convenio estén más bien satisfechos de su aplicación, muchos miembros del GT subrayaron la necesidad de mejorar determinadas soluciones previstas por este instrumento (en particular las disposiciones de los artículos 5 y 8).

Esta revisión podría ser objeto de una negociación *ad hoc* entre los Estados parte, pero podría también realizarse en el marco del proyecto actual de convenio global sobre las obligaciones alimenticias. El GT examinó en concreto la oportunidad de incluir en el instrumento actualmente en discusión una sección facultativa que trate de la cuestión de la ley aplicable. Esta sección no sería obligatoria para todos los Estados que ratificasen el Convenio, pero podría ser objeto de una opción (de inclusión o exclusión). Las ventajas de esta solución serían las siguientes:

- Los Estados que no están interesados en la aplicación de la ley extranjera en el ámbito de las obligaciones alimenticias ni en una revisión del Convenio de 1973, no estarían obligados a adherirse a la sección sobre ley aplicable. Al mismo tiempo, la existencia de esta sección no les impediría ratificar las secciones obligatorias del convenio relativas a la cooperación administrativa y al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras;
- Los Estados que son parte en el Convenio de La Haya de 1973 y que están interesados en la revisión de dicho instrumento, tendrían la posibilidad de mejorar inmediatamente el instrumento existente, sin tener que esperar a una negociación *ad hoc* sobre esta cuestión;
- Aquellos Estados que no son parte en el Convenio de 1973 pero que están interesados en la introducción de una cierta uniformidad en el dominio de la ley aplicable podrían también estar interesados en esta solución.

En vistas a esta posibilidad, el GT discutió las posibles modificaciones a incluir en una versión revisada del Convenio de 1973.

B. Reglas generales

El Convenio de 1973 se basa en tres puntos de conexión distintos en cascada: la residencia habitual del acreedor de alimentos (artículo 4), la nacionalidad común de las partes (artículo 5) y la *lex fori* (artículo 6). La aplicabilidad de los puntos subsidiarios se pone en funcionamiento por la imposibilidad del acreedor de obtener alimentos en virtud de la ley designada por las reglas precedentes.

No hace falta decir que el principal punto de conexión en el futuro instrumento debería continuar siendo la ley de la residencia habitual del acreedor. Al respecto, se sugirió indicar que, en el caso de una solicitud efectuada por cuenta de un niño, la residencia habitual es la del niño y no aquella de la persona que le representa. Esto se corresponde con la presente solución, pero podría hacerse una indicación expresa para evitar cualquier malentendido.

Con respecto a los puntos de conexión subsidiarios, se sugirieron y discutieron algunas modificaciones posibles.

1) La primera modificación que se podría plantear es la eliminación del punto de conexión subsidiario basado en la nacionalidad común del acreedor y del deudor. Surgieron varios argumentos contra la utilización de este punto de conexión en el ámbito de las obligaciones alimenticias:

- Esta solución es de carácter discriminatorio ya que favorece sin justificación a los acreedores que tengan la misma nacionalidad que el deudor. De hecho, sólo estos acreedores pueden contar con la aplicación de tres leyes distintas, mientras que otros se deben contentar con la aplicación de la ley de su residencia o de la *lex fori*. Este tratamiento desigual se manifiesta en especial con respecto las obligaciones alimenticias hacia los niños nacidos fuera del matrimonio, un número significativo de los cuales no tiene la misma nacionalidad que su padre.
- Si el Estado de la nacionalidad común es el mismo que el de la residencia habitual del acreedor o del deudor de alimentos, este punto de conexión presenta una cierta eficacia. Sin embargo, si no es el mismo Estado, el punto de conexión conduce a la aplicación de una ley con la cual no existe normalmente ninguna conexión significativa.
- Mientras que el vínculo con la residencia del acreedor conduce muy a menudo a la aplicación de la ley del juez requerido (de hecho, la mayoría de Estados contratantes del Convenio de 1973 prevén un foro en el Estado de la residencia del acreedor), no sucede lo mismo con la nacionalidad común. Esto da como resultado una disociación entre *forum* y *ius*, entre la competencia y la ley aplicable, obligando así a la autoridad requerida a aplicar una ley extranjera. En estas circunstancias, este punto de conexión - destinado a favorecer al acreedor - ocasiona de hecho complicaciones inútiles: el tribunal requerido, después de comprobar que los alimentos no son exigibles según la ley de la residencia habitual del acreedor, deberá verificar el contenido de una ley extranjera (la de a nacionalidad común) mientras que, en numerosos casos, los alimentos son exigibles de todos modos de acuerdo con la ley del foro.
- Por último, desde un punto de vista más general, la importancia atribuida a la nacionalidad, justificable en 1973, en una época en la que este criterio jugaba todavía un papel central en el derecho internacional privado en un gran número de Estados europeos, parecería desfasado en la actualidad. Hoy, el papel de la nacionalidad ha disminuido en muchos sistemas nacionales. Por lo que respecta a los convenios internacionales, este cambio se traduce, por ejemplo, en la evolución que han tenido lugar en el ámbito de la protección de los niños entre los Convenios de La Haya de 1961 y de 1996 sobre protección de niños. El abandono del concepto de la nacionalidad es aún más justificable en el ámbito de los alimentos dado el elemento patrimonial de las propias prestaciones.

Pese a que el abandono de la nacionalidad común pueda hacer surgir ciertas dificultades en algunos Estados parte, la mayoría de miembros del GT eran favorables a la abolición de esta regla.

La ley nacional común podría reemplazarse por otros puntos de conexión subsidiarios (la ley de la residencia del deudor, la ley de la nacionalidad de una de las partes, etc.), o no reemplazarse. A la luz de las anteriores observaciones, esta última solución no podría considerarse como una regresión con relación al nivel actual de protección de los acreedores.

2) Se discutió una segunda modificación posible de las reglas generales del Convenio de 1973 en el GT. Consistiría en proporcionar al acreedor de alimentos un derecho de opción a favor de la *lex fori*, en los casos en que el procedimiento se inicia en el Estado de la residencia del deudor. En otras palabras, la aplicación de la *lex fori* no dependería (únicamente) de la imposibilidad de obtener alimentos según la ley designada por el o los principales puntos de conexión, como se prevé en la actualidad en el artículo 6 del Convenio, sino (también) de una elección del acreedor.

Esta sugerencia se basa en las siguientes consideraciones. Cuando una solicitud de alimentos se presenta en el Estado de residencia del deudor, el punto de conexión de la residencia habitual del acreedor pierde una parte de sus méritos. En tales casos, no conduce a la aplicación de la *lex fori*, de manera que la autoridad requerida deberá determinar el contenido de una ley extranjera, una operación que puede ser bastante larga y costosa. Además, esta ley extranjera deberá aplicarse aunque sea *menos favorable* al acreedor que la *lex fori* (la única excepción prevista por el Convenio es la situación en la que el acreedor no tiene derecho a ninguna prestación alimenticia según la ley de su residencia habitual). En tales situaciones, la aplicación de la ley de la residencia del acreedor es contraria a su propia motivación. Desde el punto de vista del *favor creditoris* es pues preferible proporcionar al acreedor el derecho de optar por la *lex fori*. Esta solución no sólo tiene en cuenta los intereses del acreedor, sino que también se corresponde con el del Estado del foro, las autoridades del cual podrán aplicar su derecho interno. En cuanto al deudor, no podrá oponerse a este derecho de opción ya que comportaría la aplicación de la ley de su propio Estado de residencia. Por último, y ello no es la ventaja menor, esta solución ampliaría las situaciones en las que la obligación alimenticia se rige por la *lex fori*, y podría ser interesante para los países de *common law* que no rechazan por completo la adopción de la elección bilateral de la ley en este ámbito (por ej., Canadá).

Esta solución es tentadora, pero hace surgir cuestiones que necesitan una discusión en profundidad:

- ¿Hasta cuándo puede realizarse la opción?
- ¿Quién tendría el derecho de ejercitar esta opción? La cuestión surge en particular cuando la solicitud no se efectúa directamente por el acreedor de alimentos sino por una institución pública que persigue el reintegro de las prestaciones pagadas al acreedor.
- La cuestión más grave surge con relación a la solicitud de un deudor para modificar la decisión inicial: si el acreedor solicitó y obtuvo una decisión en el país del deudor basada en la *lex fori*, ¿qué ocurrirá si el deudor efectúa una solicitud de modificación de esta decisión en el país de residencia del acreedor? Según las reglas de derecho común, se aplicaría la ley de la residencia del acreedor, sin posibilidad de elección, con la consecuencia que la decisión podría modificarse por el hecho de la distinta ley aplicable, en vez de por una modificación sustancial de las circunstancias. Pese a que esta situación podía ya surgir en aplicación del Convenio de 1973 en los casos en que la *lex fori* es aplicable de forma subsidiaria, la introducción de una opción corre el riesgo de hacerla más frecuente y problemática.

A pesar de estas dificultades, la introducción de un derecho de opción del acreedor debería plantearse seriamente en las situaciones en las que la solicitud se presenta en el Estado de residencia del deudor. Por el contrario, el GT reconoce que esta solución debería rechazarse cuando la solicitud se efectúa en el Estado de residencia del acreedor, ya que crea dificultades inútiles imponiendo la aplicación de una ley extranjera. Con mayor motivo, la opción debería excluirse cuando ni el acreedor ni el deudor son residentes habituales del Estado del foro, y porque la aplicación de esta ley podría promover una inaceptable búsqueda de foros favorables por el acreedor (*forum shopping*).

C. Reglas especiales relativas a la ley aplicable

Tras las reglas generales, el Convenio de La Haya de 1973 contiene un determinado número de reglas especiales para regular situaciones concretas, como las obligaciones alimenticias entre colaterales o por afinidad (artículo 7) y entre cónyuges separados o divorciados (artículo 9), así como la ley aplicable a las instituciones públicas que persiguen el reintegro de las prestaciones pagadas al acreedor de alimentos (artículo 9). El GT discutió la cuestión de si estas reglas deberían mantenerse en el marco de un texto revisado.

1) Alimentos entre cónyuges divorciados o separados

En virtud del artículo 8 del Convenio de 1973, las obligaciones alimenticias entre cónyuges divorciados se rigen exclusivamente por la ley aplicada al divorcio. La misma regla se aplica *mutatis mutandi* en el caso de separación legal y en el caso de el matrimonio declarado nulo o anulado. Esta solución se aplica no sólo cuando la solicitud de alimentos se decide en el marco de un procedimiento de divorcio (o en el momento del divorcio), sino también en caso de cualquier revisión o modificación ulterior de decisiones relativas a las obligaciones alimenticias entre cónyuges divorciados, en particular en caso de acción complementaria a un juicio de divorcio llevado a cabo en el extranjero.

Esta regla especial tiene ciertas ventajas:

- Cuando la obligación alimenticia entre cónyuges debe determinarse en el marco de un procedimiento de divorcio, el artículo 8 conduce a la aplicación de una única ley al divorcio y a los alimentos. Si el divorcio se rige por el derecho interno del foro, la solicitud de alimentos se realizará igualmente sobre la base de la *lex fori*. Por supuesto, esto no es de aplicación a las obligaciones alimenticias hacia los hijos de la pareja, de manera que en tales casos la aplicación de una única ley no se logra.
- Cuando la obligación alimenticia entre cónyuges divorciados debe regularse tras el divorcio, en el marco de una solicitud complementaria o por vía de la modificación del pronunciamiento sobre el divorcio, la ventaja del artículo 8 es que impide que cualquier modificación de hecho de las circunstancias que puedan suceder tras el divorcio (en particular, un cambio de residencia del acreedor) pueda dar lugar a la modificación de la ley aplicable. Esto es importante cuando los cónyuges han acordado el importe de la prestación alimenticia, puesto que este acuerdo no debería cuestionarse simplemente por un cambio de residencia del acreedor.

No obstante, el artículo 8 presenta algunas debilidades:

- Al dejarse de lado los puntos de conexión alternativos de los artículos 4 a 6, no se protegen plenamente los intereses del acreedor. En particular, si la ley del divorcio no prevé obligaciones alimenticias, no hay posibilidad alguna de descartarla en favor de otra ley, excepto por medio de la cláusula de orden público. Además, las condiciones de hecho y jurídicas del entorno social en el que hay una necesidad real de alimentos no se tienen en cuenta, lo cual entra en contradicción con el espíritu general del Convenio.
- Dado que las normas de conflicto respecto al divorcio no están normalizadas a nivel internacional, el efecto del artículo 8 es el de comprometer toda unificación respecto a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Esta última ley depende necesariamente del derecho internacional privado del Estado del procedimiento de divorcio, y esta solución favorece inevitablemente la búsqueda de foros favorables (*forum shopping*).
- La elección de un punto de conexión invariable en el tiempo puede entrañar, cuando la obligación alimenticia entre cónyuges debe regularse tras el divorcio, la aplicación de una ley que ha perdido todo su relevancia con respecto a la situación de los ex-cónyuges y sus respectivos intereses. El juez no podrá tener en cuenta la ley de la residencia actual ni del acreedor ni del deudor.
- Es posible que la sentencia de divorcio no contenga ninguna disposición sobre los alimentos. En este caso, la cuestión de continuidad en la que se basa el artículo 8 parecería infundada. Esto es particularmente cierto cuando los cónyuges se han divorciado en un país que no prevé alimentos para uno de los cónyuges divorciados (por ejemplo, los Estados islámicos); aquí, la aplicación de la ley del divorcio conduce a un rechazo de toda prestación alimenticia, salvo si dicha aplicación ha sido descartada por el orden público.
- Finalmente, puede haber dificultades prácticas porque a veces es difícil descubrir en la sentencia cual es la ley en virtud de la cual se pronunció en el divorcio.

Por estos motivos es deseable una revisión de la solución actual. Se discutieron varias opciones, en concreto:

- Limitar el punto de conexión adicional a las decisiones sobre alimentos en el marco de un procedimiento de divorcio;
- Permitir el punto de conexión adicional en el caso de solicitud posterior, pero con la condición que la sentencia de divorcio haya decidido las obligaciones alimenticias (es decir, en el caso de revisión y no en el caso de nueva solicitud);
- Sólo prever el punto de conexión adicional si los cónyuges lo desean efectivamente (es decir, sobre la base de una elección de ley puesta a su disposición para este caso concreto);
- Simplemente eliminar el punto de conexión adicional.

En el GT parece prevalecer que el artículo 8 debería ser simplemente eliminado, con la consecuencia que las obligaciones entre cónyuges divorciados y separados se regirían por las reglas de derecho común.

Con respecto a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, el GT discutió también de la posibilidad de introducir un derecho a elegir la ley aplicable. La autonomía de la voluntad sería particularmente útil cuando los cónyuges han concluido un acuerdo relativo a las obligaciones alimenticias y / o a los bienes de la comunidad. Esta cuestión necesita, no obstante, un análisis más detallado. En cualquier caso, si la admisión de la elección de las partes se plantea, parece que debería someterse a restricciones en cuanto a la ley que podrían designar las partes (por ej. *lex fori*, ley de la residencia del deudor y ley aplicable a los bienes de la comunidad) y a una necesaria observancia de las reglas de orden público internacionales (*lois de police, overriding statutes*).

2) Obligaciones alimenticias entre parientes colaterales y por afinidad

Una regla especial figura incluida en el artículo 7 del Convenio de 1973 sobre obligaciones alimenticias entre parientes colaterales y por afinidad. Esta regla permite al deudor oponerse a una solicitud fundada en reglas de derecho común relativas al derecho aplicable con el motivo de que no existe ninguna obligación alimenticia según la ley nacional común del deudor y del acreedor o, en ausencia de nacionalidad común, según la ley interna de la residencia habitual del deudor. Si el deudor hace uso de este derecho, la regla conduce a la aplicación acumulativa de la ley que rige los alimentos según las reglas de derecho común de los artículos 4 a 6 y, o bien la ley de la nacionalidad común, o bien, la ley de la residencia del deudor.

En opinión del GT, debería conservarse una regla especial para las obligaciones alimenticias entre parientes colaterales y por afinidad, al menos cuando el acreedor sea un adulto. De hecho, el principio *favor creditoris* que inspira las reglas generales sobre ley aplicable no puede transponerse directamente a tales situaciones particulares. No obstante, la regla del artículo 7 podría modificarse en ciertos aspectos:

- En primer lugar se sugirió que el ámbito de aplicación de esta regla especial se limitase a las situaciones en que el acreedor es un adulto. La necesidad de una regla restrictiva es menos evidente cuando están en juego los alimentos de un niño: en tal caso, el principio de *favor creditoris* debería aplicarse, con la consecuencia que una solicitud efectuada por (o en nombre de) un niño debería regirse por las reglas generales de derecho común del futuro instrumento, incluso si se refiere a parientes colaterales o por afinidad.
- Otra modificación podría referirse a los puntos de conexión utilizados por el artículo 7 para determinar la ley sobre la que se puede basar la oposición del deudor. A este respecto, algunos miembros del GT son favorables a la supresión de la referencia a la ley nacional común para establecer una uniformidad con las reglas generales (en la perspectiva de la eliminación del actual artículo 5). No obstante, según otros miembros, el papel "negativo" de la nacionalidad común en el marco del artículo 7 es distinto y más justificado que el papel "positivo" que este punto de conexión juega actualmente en el artículo 5. De acuerdo con este punto de vista, la existencia de una obligación alimenticia entre parientes colaterales y por afinidad no está justificada cuando tal obligación no existe según la ley nacional común de las partes. Esta cuestión necesita una reflexión más profunda.
- No obstante la referencia a la ley nacional común se mantiene, no está claro porqué la posibilidad de invocar la ley de la residencia del deudor existe *únicamente* cuando las partes no tienen una nacionalidad común, como prevé el texto actual. La regla podría pues modificarse declarando simplemente que el deudor puede oponerse a la solicitud basándose ya sea en la ley nacional común, ya sea en la ley de su residencia habitual.

3) Instituciones públicas

Por último, en opinión del GT, la regla especial del artículo 9 sobre ley aplicable a las instituciones públicas debería mantenerse en el futuro instrumento. Según esta regla, el derecho de una institución pública de obtener el reintegro de la prestación proporcionada al acreedor se somete a la ley que rige la institución. No se excluye hallar un acuerdo más general a raíz de esta regla de manera que podría incluso incluirse en la sección obligatoria del futuro convenio.

Debería resaltarse que las reglas sobre el derecho aplicable que se acaban de mencionar se refieren a la situación en la que una institución pública presenta una solicitud inicial de reintegro. Sin embargo, estas reglas no deberían aplicarse cuando la institución pública persigue el reconocimiento y ejecución de una decisión ya tomada sobre esta cuestión. En el transcurso de la discusión se sugirió también que el actual artículo 39 del borrador de convenio preparado por el Comité de redacción los días 12 a 16 de enero de 2004 (basado en el artículo 18 del *Convenio de La Haya de 1973 sobre Reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias*) debería modificarse en la parte en la que permite a la autoridad del Estado requerido verificar de nuevo la ley que ha sido aplicada en la decisión extranjera ("La resolución dictada contra un deudor de alimentos a petición de una institución pública (...) se reconocerá y declarará ejecutoria conforme al Convenio si dicho reembolso puede obtenerse por la institución pública según la ley por la que se rija"). Esta "doble garantía" no sólo hace surgir dificultades prácticas cuando la decisión extranjera no indica sobre qué ley se basa, sino que también es contrario a las reglas generales incluidas en el borrador de convenio sobre reconocimiento de decisiones extranjeras (arts. 26-31), las cuales no prevén la verificación de la ley aplicada por la autoridad del Estado de origen.

D. Ámbito de aplicación de la ley aplicable

El ámbito de aplicación de la ley aplicable se rige por el artículo 10 del Convenio de 1973. En opinión del GT, esta disposición debería mantenerse sin grandes cambios. En concreto, una gran mayoría de miembros constataron que debería evitarse el fraccionamiento y que la misma ley debería aplicarse al derecho a alimentos y a su importe.

La única modificación planteada es la relativa a la cuestión de determinar "quien está legitimado para ejercitar la acción alimenticia". Según el artículo 10(2), esta cuestión se rige por la ley aplicable a la obligación alimenticia. La formulación de esta regla produce cierta incertidumbre. En opinión del GT, deberían distinguirse varias cuestiones:

- ¿Quién es el acreedor?, es decir, ¿quién tiene derecho a los alimentos? Se trata ciertamente de una cuestión que se debe regir por la ley aplicable a la obligación alimenticia, tal y como se prevé en el artículo 10(2) del Convenio de 1973.
- Si el acreedor es un niño, ¿quién le representa? Parece que esta cuestión se escapa del ámbito de aplicación de la ley aplicable a los alimentos y no debería tratarse en el convenio proyectado; depende de la responsabilidad parental con respecto al niño que debe determinarse según otras reglas de conflicto autónomas (el Convenio de La Haya de 1961 o el de 1996 sobre protección de niños contienen tales reglas para los Estados parte en estos instrumentos);
- ¿Quién tiene *locus standi* en el procedimiento? Esto parece ser una cuestión a determinar según la ley de la autoridad requerida;
- ¿Quién tiene derecho a ejecutar el derecho del acreedor por su cuenta? Este problema surge particularmente con las instituciones públicas que persiguen el reintegro de las prestaciones pagadas al acreedor y del que tratan los artículos 9 y 10(3) del Convenio de 1973.

Por el riesgo de confusión entre estas (y posiblemente otras) cuestiones, la redacción del artículo 10(2) debería poder modificarse, pero el GT no ha acordado aún una redacción bien definida.

E. Reglas materiales

Según el artículo 11(2) del Convenio de 1973, las necesidades del acreedor y los recursos del deudor se toman en cuenta para determinar el importe de la prestación alimenticia, incluso si la ley aplicable dispone otra cosa.

La cuestión de la oportunidad del mantenimiento de una tal norma material se discutió en el GT. Al respecto, debe observarse, por una parte, que el sentido de la regla no es claro: ¿debe considerarse como un mecanismo que permita descartar la ley extranjera aplicable cuando no prevé tener en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, o entra en juego también cuando la obligación alimenticia se rige por la ley interna del foro (por ej. cuando la solicitud se efectúa en la residencia habitual del acreedor)? Al mismo tiempo, surgieron dudas sobre la utilidad práctica de la disposición.

Según una opinión, otra regla material debería discutirse en un texto revisado, disponiendo que los acuerdos económicos entre las partes deberían tenerse en cuenta para determinar el importe de las prestaciones alimenticias entre adultos, incluso si la ley aplicable dispone otra cosa. Esta sugerencia está inspirada en una resolución del Instituto de Derecho Internacional (Helsinki, 1985) que recomienda tomar en consideración los acuerdos patrimoniales efectuados por los cónyuges en el momento de la disolución del matrimonio.

Las ventajas e inconvenientes de estas reglas materiales no son completamente claras, la cuestión necesita un examen más detallado.

La Haya, junio de 2004.